



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

Heerma van Voss, G.J.J.; Van Slooten, J.M.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J., & Van Slooten, J. M. (2008). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, (16), 969-978. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13645>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13645>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

KRONIEK VAN HET SOCIAAL RECHT

802 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en prof. mr. J.M. van Slooten¹

1. Guus Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.

Jaap van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.

Het ontslagrecht leidde de afgelopen periode tot intensieve discussies, maar niet tot wetgeving. In deze kroniek staat daarom de rechtspraak centraal. Daarin was er aandacht voor grondrechten van de werknemer rond privacy en gelijke behandeling, de verhouding tussen de basisvrijheden van de EG en het arbeidsrecht, schade als gevolg van valpartijen, verkeersongevallen en personeelsuitjes, het goed werkgeverschap bij overgang van onderneming en ten slotte de vraag wanneer sprake is van tegenspraak bij het voortzetten van een tijdelijke arbeidsovereenkomst.

PRIVACY EN ARBEIDSOVEREENKOMST

De relatie tussen privacybescherming en arbeidsrecht vraagt door een aantal uitspraken de aandacht. De eerste uitspraak is van het EHRM in de kwestie *Copland/Verenigd Koninkrijk*.² Copland was werkzaam bij een middelbare school in het Verenigd Koninkrijk. Mogelijk naar aanleiding van een verdenking van een relatie met een collega werd het telefoon-, e-mail- en internetgebruik van Copland systematisch gevolgd. Het doel was volgens de Britse regering om vast te stellen of Copland excessief gebruikmaakte van deze middelen voor persoonlijke doeleinden. De telefoongesprekken werden niet afgeluisterd, maar telefoonnummers, data, tijdstippen en duur van telefoongesprekken werden geanalyseerd aan de hand van telefoonrekeningen. Dit gebeurde in ieder geval enkele maanden. Ook internetgebruik en e-mailgebruik werden enige tijd systematisch en op Copland gericht gemonitord. De school had geen beleid betreffende dit monitoren en haar medewerkers over de mogelijkheid daartoe ook niet geïnformeerd.

Copland klaagt over schending van artikel 8 EVRM (recht op respect voor het privéleven). Het Hof oordeelt deze klacht gegrond en bouwt daarbij voort op haar

eerdere rechtspraak, waaronder de zaken *Niemitz*³, *Malone*⁴ en *Halfords*⁵. Het Hof had in laatstgenoemde uitspraak reeds geoordeeld dat telefoongesprekken die vanaf het werk worden verricht vallen onder 'private life' en 'correspondentie'. In de zaak Copland oordeelt het Hof allereerst dat het logisch is dat e-mail- en internetgebruik voor persoonlijke doeleinden eveneens onder het begrip 'private life' valt. Aangezien Copland niet was gewaarschuwd dat het gebruik van deze communicatiemiddelen zou worden gemonitord, had zij volgens het Hof een 'reasonable expectation' dat haar 'private life' zou worden gerespecteerd.

In de tweede plaats oordeelt het Hof dat voor een schending van artikel 8 EVRM niet nodig is dat de verzamelde gegevens zijn gebruikt in een procedure of op de één of andere manier zijn onthuld. Zoals reeds in *Malone* uitgemaakt, is het gebruik van verkeersgegevens een potentiële inbreuk op artikel 8 EVRM, ook indien dit wordt afgeleid van een telefoonrekening die de school zelf toegezonden krijgt. En ook het verzamelen en bewaren van persoonlijke informatie met betrekking tot de voornoemde communicatiemiddelen, betekent een potentiële inbreuk op artikel 8 EVRM.

Het Hof houdt er in de derde plaats rekening mee dat het monitoren van het gebruik door een werknemer van telefoon, e-mail en internet vanaf de werkplek (onder omstandigheden) 'noodzakelijk is in een democratische samenleving'. Aangezien er ten tijde van de inbreuk (eind jaren negentig) in het Verenigd Koninkrijk geen wet van kracht was die een en ander in voldoende mate en met voldoende waarborgen regelde,

2. EHRM 3 april 2007, NJ 2007, 617, m.nt. E.J. Dommering; RAR 2007/85, JIN 2007/485, JAR 2007/233.

3. EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400.

4. EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534.

5. EHRM 25 juni 1979, NJ 1998, 506, m.nt. PJB.



komt het Hof verder niet toe aan de vraag of zich hier omstandigheden voordoen die het monitoren zouden kunnen rechtvaardigen.

In deze zaak was van belang dat de werknemer niet kenbaar was gemaakt dat monitoring kon plaatsvinden. Dat is uiteraard een (niet nieuwe) les die men uit het arrest kan afleiden indien men werknemers wil monitoren. Terecht wijst Dommering er in zijn noot bij de uitspraak op dat het wél kenbaar maken van de kans op monitoren geen vrijbrief betekent: '... privacy [is] niet een *feitelijk* maar een *normatief* verwachtingspatroon'.⁶ Beperkingen zullen op gerechtvaardigde doelstellingen en proportionaliteit moeten worden getoetst zoals ook reeds door de Nederlandse rechter is geoordeeld (onder meer met betrekking tot het continue blootstellen aan cameratoezicht).⁷

Dommering zet zich af tegen de opvatting 'dat dit soort vragen zich geheel oplossen in het recht van de arbeidsovereenkomst', zoals onder meer door J.H.J. Terstegge bepleit.⁸ Het Nederlandse arbeidsrecht kent geen specifieke bepalingen, die een inbreuk op artikel

8 EVRM kunnen rechtvaardigen. De Wet bescherming persoonsgegevens kent uiteraard wel dergelijke bepalingen, maar die is weer niet toegesneden op arbeidsverhoudingen. Is dit een gemis? Er is een aantal aanwijzingen dat de huidige wettelijke situatie niet optimaal is. Enerzijds kan men stellen dat de WBP niet altijd goed is afgestemd op de arbeidsrechtpraktijk. De WBP is betrekkelijk algemeen en laat veel over aan rechters in concrete situaties.⁹ Dat leidt daardoor niet altijd tot eenduidige rechtspraak. Anderzijds betreffen de meeste gepubliceerde uitspraken situaties waarin de werknemer 'er bij' is. De vraag naar de inbreuk op artikel 8 EVRM komt vaak aan de orde in hetzelfde geschil waarin moet worden geoordeeld over de rechtmatigheid van het ontslag of de opgelegde sanctie. In navolging van de Hoge Raad in het *Wennekes*-arrest wordt ook in arbeidszaken de leer gevolgd dat onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel gebruikt kan worden in de civiele procedure.¹⁰ Nederlandse arbeidsrechters hebben derhalve normaal gesproken de vrijheid om in de zaken die aan hen worden voorgelegd de principiële vraag of de privacy is geschonden te ontgaan en/of ongesanctioneerd¹¹ te laten. Ook dit is niet bevorderlijk voor de rechtsvorming. Een derde argument voor de gedachte dat de situatie beter kan, is dat het privacyrecht onvoldoende rekening houdt met bijzondere aspecten van de arbeidsovereenkomst, zoals de gezagsbevoegdheid. Terstegge wijst erop de werkgever met die gezagsbevoegdheid te veel kan doen en bepleit een arbeidsrechtelijke benadering die het mogelijk moet maken de werkgever te beperken in zijn mogelijkheden. Een omgekeerde benadering is

6. Zie noot E.J. Dommering in NJ 2007, 617.

7. Hof Den Bosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451 (Koma).

8. J.H.J. Terstegge, 'Privacybescherming van werknemers; actie door Europa?', in: P&I 2002/1, p. 31-34.

9. MSA Vegter, JAR Verklaard 2007/7, p. 3.

10. HR 27 april 2001, JAR 2001/95.

11. Een werknemer die het slachtoffer is van een inbreuk op art. 8 EVRM kan overigens wel een schadevergoeding vorderen. In de zaak *Copland* kende het EHRM € 3000 toe.

Hoe ver moet een werkgever kunnen gaan bij het verbieden van roken of andere ongezonde levensgewoontes?

ook mogelijk. Wellicht biedt de eigenheid van de arbeidsovereenkomst soms juist wel de rechtvaardiging voor een verdergaande inperking van de privacy.

Tot die gedachte kan men komen door het arrest *Dirksz/Hyatt*, een zaak die de voorpagina van de Nederlandse kranten haalde.¹² De feiten zijn snel verteld. Dirksz is twaalf jaar in dienst van Hyatt als casino beverage server. Hyatt heeft de laatste jaren veel werk gemaakt van een antidrugsbeleid. In dat kader heeft Dirksz ook een training bijgewoond, waarin is aangekondigd dat Hyatt *random drug testing* zou gaan doen. Het document waarin dit vastligt, heeft zij ontvangen. Tevens heeft zij een verklaring ondertekend en daardoor verklaard te aanvaarden dat een positieve uitslag van een alcohol- of drugstest een reden voor ontslag kan zijn. Nagenoeg een jaar later wordt Dirksz geselecteerd en test twee keer positief op cocaïne. Zij wordt voor de keuze gesteld: óf aanmelden bij het 'Centro Colorado' voor een rehabilitatieprogramma (het plaatselijke afkickcentrum; zie foto) ontslag krijgen of vrijwillig ontslag nemen. Het wordt een ontslag op staande voet. De reden die wordt gegeven is de positieve drugstest, gevoegd bij de weigering tot het volgen van een rehabilitatieprogramma. Omdat cocaïne tot 72 uur na gebruik in het lichaam kan achterblijven, is onduidelijk of Dirksz tijdens, dan wel voor werktijd cocaïne heeft gebruikt. In cassatie moet er dan ook van uitgegaan worden dat zij het voor werktijd heeft gebruikt.

De klachten in cassatie stellen onder meer dat het antidrugsbeleid van Hyatt een ontoelaatbare inbreuk maakt op haar persoonlijke levenssfeer. Dit omdat het gevolg daarvan is dat ook louter privégebruik van drugs tot ontslag kan leiden, zonder dat is aangetoond dat dit gebruik een negatieve invloed op werk of veiligheid heeft. De Hoge Raad oordeelt dat er in zoverre inderdaad sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dat het gebruik van cocaïne in de privétijd (gedurende de weekends en in de laatste drie dagen van de vakantie) niet mogelijk is zonder het risico van een ontslag op staande voet. Vervolgens toetst de Hoge Raad of een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is aan de hand van de criteria van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Het oordeel luidt dat het Hof die criteria niet heeft miskend en zijn oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het doel betreft het behoud van de goede naam van Hyatt en aantrekkelijkheid voor haar gasten door een immer correct gedrag van haar werknemers zonder de negatieve invloed daarop als gevolg van het gebruik van drugs. Dat een dergelijk doel legitiem is, staat niet ter discussie, aldus de Hoge Raad.

Vervolgens zet de Hoge Raad het belang van Dirksz om in haar vrije tijd cocaïne te kunnen gebruiken af

tegen het belang van Hyatt bij het behoud van haar goede naam en de aantrekkelijkheid voor haar gasten. Daarbij mocht het Hof het belang van Hyatt zwaarder laten wegen, zelfs nu het een casino beverage server betreft.

De A-G werpt in zijn conclusie de vraag op of het risico dat een dergelijke functionaris minder alert reageert niet een te smalle basis is voor de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De Hoge Raad beantwoordt die vraag, evenals de A-G positief zonder dit verder uit te werken. De A-G wijst bij de behandeling van dit punt op het feit dat de werkgeefster geen onderzoek heeft ingesteld dat gericht was op het drugsgebruik van de werknemster in haar vrije tijd.

Ten slotte acht de Hoge Raad in navolging van het Hof van belang dat ook in de vrije tijd gebruikte drugs van invloed kan zijn op het werk en dat de concrete invloed van drugs vaak moeilijk te bewijzen zal zijn, zodat het Hof terecht geen onderscheid heeft gemaakt tussen drugsgebruik in de vrije tijd en onder werktijd.

Het arrest is bestreden door Verhulp en Vegter, in beide gevallen omdat de betrokken functie in dit geval een dergelijke inbreuk niet zou rechtvaardigen.¹³ Er moet volgens hen een duidelijk verband zijn tussen het gedrag van de werknemer in de privésfeer en het werk. Voorbeelden die zij aandragen, zijn de drugs-hulpverlener die zelf drugs gebruikt of de dominee die prostituant is. Bij een leidinggevende van het Hyatt kunnen zij zich ook nog wat voorstellen, maar bij een Casino Beverage Server is dit verband in hun ogen te zwak.

Is dat niet te makkelijk geredeneerd? Het is op zich juist dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer niet gerechtvaardigd kan worden door de uitkomst van een open belangenafweging (in zoverre is een 'arbeidsrechtelijke benadering' dus ook niet mogelijk). Maar het moet wel mogelijk zijn dat overwegingen daarin een rol spelen die bij het opstellen en het handhaven van zo'n beleid van belang zijn: een duidelijke grens stellen, niet terecht willen komen in lastige discussies over in hoeverre het drugsgebruik tijdens of voor het werk heeft plaatsgevonden, in hoeverre concrete belangen worden bedreigd, enz. Als het doel van het beleid van Hyatt alleen zou zijn gelegen in de veiligheid, dan kan men zich wellicht afvragen of een casino beverage server hier veel risico oproept maar het doel was hier breder.

Aan de andere kant: er is een hellend vlak in dit soort

¹² HR 14 september 2007, JAR 2007/250.

¹³ MSA Vegter, JAR Verklaard 2007/7, p. 7, i.k. en E. Verhulp in NRC Handelsblad 14 september 2007.

De vervaging van de grenzen tussen werk en privé kent inmiddels vele dimensies en die zijn niet alleen meer in het voordeel van werknemers

kwesties, zoals de A-G dat ook noemt. Hoe ver moet een werkgever kunnen gaan bij het verbieden van roken of andere ongezonde levensgewoonte?

Men kan hier ook denken aan de zaak van de zaalvoetballende vrachtwagenchauffeur.¹⁴ In die zaak oordeelde Hof Arnhem dat het geoorloofd was om in plaats van 100% slechts 70% van het loon toe te kennen aan een werknemer die zich aan een blessuregevoelige hobby overgaf. Ook hier zien velen het hellend vlak: in hoeverre wordt het straks (indirect) ontmoedigd om nog op wintersport te gaan ('als je een gebroken been hebt, moet je maar met 70% genoegen nemen')? Op de valreep van deze kroniek bevestigde de Hoge Raad het oordeel van het Hof. Opvallende overweging van de Hoge Raad: 'Dat de in de CAO overeengekomen grond voor het vervallen van de aanspraak op suppletie [schuld of toedoen, JvS & GHvV] in strijd komt met *enig* rechtsbeginsel dat in arbeidsverhoudingen in acht behoort te worden genomen, valt niet in te zien en is door [eiser] ook niet aan zijn vordering ten grondslag gelegd.' [curs. JvS & GHvV] De werknemer had in cassatie (wellicht dus te laat) zes voorbeelden aangevoerd van situaties waarin de uitleg van een dergelijk belang in strijd kan komen met het recht op privacy (zoals de obesitas-patiënt die niet afvalt, de ramadadeelnemer en, jawel, de skiër). De Hoge Raad reageert daar opvallend categorisch op, zonder dit verder toe te lichten. A-G Keus merkt over het beroep op privacy in zijn conclusie bij deze zaak op dat 'het recht op privacy van de werknemer niet steeds en noodzakelijkerwijs boven diens uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen prevaleert'.¹⁵

Oordelen van het Hof Arnhem en van de Hoge Raad in het arrest *Dirksz/Hyatt* zijn niet verwonderlijk wanneer men ze beziet in het licht van de toenemende vervaging tussen werk en privé in het arbeidsrecht. Aanvankelijk werd dit privétisering genoemd en was

het beperkt tot het recht van de werknemer op meer grip voor zijn privésituatie.¹⁶ Dit is onder meer tot uitdrukking gekomen in de Arbeidstijdenwet en de Wet arbeid en zorg. Een ander aspect van de vervaging is te vinden in een groeiende stroom jurisprudentie over werkgeversaansprakelijkheid in situaties die vroeger (eerder) tot het privédomein werden gerekend, zoals bijzondere vormen van woon-werkverkeer,¹⁷ een wachttijd tussen twee vluchten,¹⁸ of wangedrag tijdens een bedrijfsfeestje.¹⁹ En ook op het vlak van loondoorbetaling bij ziekte doen zich steeds vaker vragen voor op dit vlak, bij voorbeeld over de vraag of arbeidsongeschiktheid als gevolg van cosmetische chirurgie of als gevolg van alcoholmisbruik (en het daaruit voortvloeiende lichamelijke letsel) een uitsluitingsgrond vormen voor loondoorbetaling bij ziekte. Over dit laatste onderwerp schrijft Roozendaal in het maartnummer van *SMA* en zij bepleit dat een procedure wordt ontworpen die de werknemer beschermt in zijn recht op medische privacy zonder dat het recht van de werkgever op een eerlijk proces uit het oog wordt verloren.²⁰

Bovendien komt het steeds vaker voor dat een werkgever – al dan niet gedwongen door (semi-)overheidsregels – het doen en laten van werknemers intensiever moet controleren dan voorheen het geval was. Een bank die nalaat bepaalde privéhandelingen van haar personeel na te gaan, kan sancties van gedupeerde klanten en/of toezichthouders verwachten. Een ondernemer die niet nagaat of zijn werknemers zich houden aan de mededingingsregels, kan daar zeer forse schade door ondervinden. Een werkgever die niet nagaat of de beschuldigingen van seksuele intimidatie juist zijn, riskeert eveneens onrechtmatig te handelen.

De vervaging van de grenzen tussen werk en privé kent inmiddels vele dimensies en die zijn niet alleen meer in het voordeel van werknemers. Een werkgever die meer verantwoordelijkheid heeft over of voor de werknemer tijdens zijn (semi)privétijd, zal meer grip op die privétijd willen hebben. Een dergelijk invalshoek vraagt om ook een andere, meer arbeidsrechtelijke benadering van privacy dan blijkt uit de opvatting van Vegter, Verhulp en Dommering. De arresten van de Hoge Raad erkennen in ieder geval dat inbreuk op de privacy als bijeffect niet snel verboden is.

GELIJKE BEHANDELING

Het Hof van Justitie EG deed een aantal interessante uitspraken op het gebied van gelijke behandeling. Het meest opvallend was de uitspraak in de zaak *Palacios de la Villa/Cortefiel*.²¹ De opvallendheid is erin gelegen dat de uitspraak *geen* gevolgen heeft voor nationale

14. Hof Arnhem 27 juni 2006, JAR 2006/209.

15. HR 14 maart 2008, C06/278 HR, LJN BC6699.

16. P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 22-26.

17. HR 9 augustus 2002, JAR 2002/205 (De Bont/Oudenallen).

18. HR 18 maart 2005, JAR 2005/100 (KLM/De Kuijer).

19. HR 9 november 2007, JAR 2007/305 (Iampolie op barbecue).

20. Zie daarover o.m. W.L. Roozendaal, 'De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures', *SMA* 2008, p. 130-139, afl. 3.

21. HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05, NJ 2008, 38, m.nt. M.R. Mok, JAR 2007/288, JIN 2008/1, PJ 2007/143.

regelingen omtrent gedwongen pensionering. Na de *Mangold*-uitspraak²² zal menig nationale overheid zich schrap hebben gezet voor deze tweede uitspraak van het Hof op het gebied van leeftijdsdiscriminatie. In de *Mangold*-zaak was een Duitse wettelijke regeling aan de orde die toestond om werknemers van 52 jaar en ouder steeds arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te bieden. De uitspraak deed om tal van redenen vermoeden dat het Hof van plan was om de Kaderrichtlijn 2000/78/EG strikt te interpreteren en streng toe te passen. Opvallend was dat het Hof het gelijke behandelingsbeginsel op grond van leeftijd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht opvatte, zodat het ook reeds tijdens de implementatietermijn van de Kaderrichtlijn van toepassing was. Voorts was opvallend dat het Hof zeer strikt omging met de proportionaliteitstoets. Een generieke wettelijke maatregel die ervan uitgaat dat iedereen van 52 jaar of ouder een slechte arbeidsmarktpositie heeft, houdt onvoldoende rekening met zaken als de persoonlijke situatie van de betrokkene, de duur van de werkloosheid en de structuur van de betrokken arbeidsmarkt, aldus het Hof in 2005.

Van deze strikte proportionaliteitstoets is in het arrest *Palacios de la Villa* niets terug te vinden. Nu lag de zaak ook iets eenvoudiger. De Spaanse rechter had vragen gesteld naar aanleiding van een cao die voorschreef dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege ontbonden werd bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Dit was vastgelegd in de overgangsmatregel van een cao. Het Hof antwoordt dat een wet die een dergelijke cao-bepaling toelaat niet in strijd is met de Kaderrichtlijn wanneer de betrokken maatregel, hoewel gebaseerd op leeftijd wordt gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. Ook moet worden voldaan aan de eisen van passendheid en noodzakelijkheid. Op dat laatste vlak was het Hof nu juist zeer terughoudend door slechts te oordelen: '*Dat de lidstaten een maatregel als de onderhavige passend en noodzakelijk kunnen achten ... lijkt niet onredelijk.*' Die benadering geeft nationale overheden, maar ook partijen bij een cao, veel meer ruimte om generieke maatregelen te treffen, lijkt ons. Een ander opvallend punt is de soepelheid waarmee de legitimiteitstoets wordt toegepast. De Spaanse wetgever had in een periode van tien jaar de 65-jarige leeftijd eerst wel, vervolgens niet en toen weer wel als gedwongen pensioenleeftijd aangemerkt. Dat zou kunnen duiden op een niet erg goed onderbouwd doel. Het Hof overweegt evenwel dat lidstaten een 'ruime beoordelingsvrijheid' hebben bij het bepalen van doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid maar ook bij het bepalen van de maatregelen om die doelstellingen te verwezenlijken. Bovendien hebben zij de vrijheid de maatregelen te wijzigen door ze aan te passen aan de ontwikkeling van de werkgelegenheidssituatie. Wat betekent dit voor ons nationale arbeidsrecht? In de eerste plaats lijkt de druk om generieke regelingen diepgaand te onderbouwen en te differentiëren,

minder groot dan gedacht na *Mangold*. In de tweede plaats heeft de overheid de nodige vrijheid om tot aanpassing van de 65-jarige leeftijd over te gaan, indien dat gerechtvaardigd kan worden door arbeidsmarkt- of werkgelegenheidsbeleid. Concreet: indien de AOW-gerechtigde leeftijd wordt verhoogd, bijvoorbeeld tot 67, werkt dat automatisch door in de Wet leeftijdsdiscriminatie (art. 7 lid 1 onder b WGBLA). Een debat over de vraag of 67 nu de leeftijd moet zijn, zal ongetwijfeld losbarsten. Aan de Kaderrichtlijn is dan niet veel munitie voor dat debat te ontnemen, zo blijkt uit deze uitspraak.

Wij wijzen erop dat de Spaanse regeling mede inhield dat de betrokkene aanspraak kon maken op een bepaald ouderdomspensioen. De Hoge Raad noemt al sinds het arrest *ISS/Codfried* de aanwezigheid van een inkomensvervangende pensioenvoorziening als een argument om gedwongen ontslag op 65 niet discriminatoir te achten. Dat kan tot discussie leiden indien de werknemer geen ouderdomspensioen heeft opgebouwd en wellicht zelfs, door verblijf in het buitenland, geen of onvoldoende AOW ontvangt. Het is voorzienbaar dat de juridische discussie over verplichte pensionering zich vaker hierop zal richten.²³ Veldman behandelt in haar lezenswaardige noot de interessante vraag in hoeverre leeftijdszaken in de mal van het in geslachtszaken ontwikkelde gelijkebehandelingsrecht passen.²⁴

Goed nieuws dit keer voor parttimers. In het veelbesproken arrest *Helmig*,²⁵ oordeelde het Hof dat er geen sprake is van een verschil in behandeling tussen voltijd- en deeltijdwerknemers indien de betrokken bepaling slechts voorziet in betaling van toeslagen voor overuren wanneer de voor voltijdwerknemers bepaalde normale arbeidstijd wordt overschreden en niet in betaling voorziet in het geval van overschrijding van de individuele (voor de parttimer geldende) arbeidstijd. Een parttimer en een fulltimer die beide 21 uur werken, dienen derhalve hetzelfde loon te krijgen. De parttimer dient niet meer te ontvangen omdat het 21ste uur voor hem een overschrijding van zijn individuele arbeidstijd is. In het arrest *Voß/Berlin* blijft het Hof bij dit uitgangspunt, maar laat het zien dat het ook in het voordeel van parttimers kan werken. In de arbeidsovereenkomst van Voß was namelijk opgenomen dat overuren *lager* betaald werden. (Ook) in dat geval mag een parttimer tijdens het 21ste uur niet minder krijgen dan een fulltimer. Naast gevallen die zien op nieuwe discriminatiegronden, is de rechtspraak ook nog bezig met het opruimen en afwikkelen van de gevolgen van de eerste discriminatiekwetsties. In dat ver-

22. HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289, NJ 2006, 227.

23. Dit kwam onder meer aan de orde in Ktr. Den Helder 16 augustus 2007, RAR 2008/19.

24. A.G. Veldman, noot bij HvJ EG 16 oktober 2007, SR 2007, 82, afl. 12, p. 406-410.

25. HvJ EG 15 december 1994, JAR 1995/36.

band deed het Hof een uitspraak ten aanzien van drie voormalige Sabena-stewardessen. Vaststond dat zij tijdens hun dienstverband waren gediscrimineerd op grond van geslacht, omdat ze minder pensioen hadden kunnen opbouwen dan hun mannelijke stewardcollega's konden. Bij de opheffing van die discriminatie stelde de Rijksdienst voor pensioenen als voorwaarde dat een regularisatiebijdrage moest worden betaald. De bedoeling daarvan was om de stewardessen alsnog de extra premie te laten betalen die hun mannelijke collega's indertijd ook hadden betaald om voor dat hogere pensioen in aanmerking te komen. Bovendien moest rente worden betaald over deze bijdrage. In lijn met eerdere jurisprudentie oordeelt het Hof dat een gediscrimineerde werknemer niet kan verlangen dat hij gunstiger wordt behandeld dan wanneer hij regelmatig bij de regeling aangesloten was geweest. Dat brengt mee dat in beginsel de bijdrage en daarover een (reële!) rente verschuldigd is.²⁶ Uiteindelijk oordeelt het Hof dat er wel sprake is van ongelijke behandeling nu de geheven rente meer is dan ter compensatie van de inflatie. Voorts is het ongeoorloofd te verlangen dat de bijdrage in één keer wordt betaald wanneer daardoor de beoogde regularisatie in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.

VIKING EN LAVAL

Veel aandacht kregen de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken *Viking en Laval*.²⁷ De zaken kennen een ander feitencomplex en zien gedeeltelijk op andere regels, maar in de kern gaan zij over hetzelfde: de botsing tussen de vrijheid van vestiging/ tot verrichten van diensten versus het recht op collectieve actie. Bij die botsing loopt het recht op collectieve actie aardig wat deuken op.

In de *Viking*-zaak gaat het om een bedrijf dat één van haar schepen wil omvlaggen (van Finland naar Estland). Onder meer de internationale vakbond voor zeelieden ITF kondigt daarop een staking aan met als inzet dat ondanks de omvlagging Finse arbeidsvoorwaarden zullen worden gecontinueerd. Deze staking is succesvol. Viking vraagt evenwel een verklaring voor recht dat de vakbonden in strijd hebben gehandeld met artikel 43 EG (vrijheid van vestiging). Het Hof oordeelt allereerst dat het stakingsrecht moet worden erkend als grondrecht dat integrerend deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Aan de uitoefening daarvan kunnen echter bepaalde beperkingen worden gesteld. Een collectieve actie valt daarbij niet buiten de werkingsfeer van artikel 43 EG. De uitzondering die het Hof voor cao's op het mede-

dingingsrecht heeft aangenomen in Albany gaat hier niet op.²⁸ De belangrijkste reden lijkt voor het Hof te zijn dat het recht op collectieve actie niet noodzakelijkerwijs fundamentele vrijheden hoeft aan te tasten, terwijl cao's 'een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is' (r.o. 49).

Verder oordeelt het Hof dat particuliere ondernemingen rechten kunnen invoeren tegen een vakbond. Collectieve acties zoals aan de orde waren in deze zaak, zijn beperkingen in de zin van artikel 43 EG indien zij de bestaande onderneming ertoe moeten brengen om een cao te sluiten met een vakbond en de bepalingen van een cao toe te passen op de werknemers van een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij van die onderneming. Een dergelijke beperking kan in beginsel worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, zoals de bescherming voor werknemers. Er gelden dan wel enkele voorwaarden. De eerste is dat de betrokken arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel staan of ernstig in gevaar zijn (r.o.81). Dat is voor het Nederlandse stakingsrecht geen gebruikelijk criterium, omdat de rechter zich in beginsel niet behoort te mengen in de vraag of de inhoud van het belangenconflict de inzet van het stakingsmiddel rechtvaardigt.

De tweede voorwaarde is dat de collectieve actie geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken. In dat kader is onder meer van belang of er andere middelen voor handen zijn die de vrijheid van vestiging minder beperken. In het algemeen lijkt dat niet snel aan de orde te zijn in de Nederlandse stakingspraktijk: door het ultimatum remedium-beginsel (wat daar ook van zij)²⁹ zal niet snel geoordeeld worden dat er voor een staking, die overigens geldig is naar nationaal recht, een alternatief voor de handen is. Verder oordeelt het Hof hier van belang dat de actie van de ITF automatisch start indien een aangesloten bond een actie begint, zonder dat wordt stil gestaan bij de vraag of de arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden door de omvlagging bedreigd worden.

In de andere zaak ging het om de Letse bouwonderneming Laval, die via een Zweedse dochtermaatschappij het werk tot bouw van een lagere school had aangenomen. Laval had daartoe 35 Letse arbeidskrachten in Zweden ter beschikking gesteld. Deze werkten op Letse arbeidsvoorwaarden. De Zweedse vakbonden hebben actie gevoerd (door middel van een blokkade, die in Zweden overigens wettelijk is toegestaan) om Laval zo te dwingen een bepaald minimumloon toe te passen en de Zweedse bouw-cao te volgen. Als gevolg van deze blokkade is de Zweedse dochtermaatschappij van Laval failliet gegaan. In dit soort situaties is de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG van toepassing. Deze schrijft werkgevers voor om een aantal bepalingen van het recht van tewerkstelling toe te passen, ook indien de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van een ander (meestal goedkoper) land. De

26. HvJ EG 21 juni 2007, JAR 2007/179, PJ 2007/123.

27. HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, JAR 2008/20 (*ITF/Viking*) en HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, JAR 2008/21 (*Laval*).

28. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96.

29. Zoals bekend, was het comité van deskundigen (thans geheten Europese commissie voor sociale grondrechten) hier kritisch over.

En hoe zit dat wanneer er een internationale solidariteitsstaking uitbreekt?

blokkade was erop gericht dat Laval meer zou doen dan volgt uit deze richtlijn. Het Hof oordeelt dat de Detacheringsrichtlijn en artikel 49 EG zich ertegen verzetten dat een vakbond via een blokkade tracht een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter ertoe te dwingen met haar te onderhandelen over de aan de gedetacheerde werknemers te betalen lonen en zich aan te sluiten bij een cao waarvan bedingen gunstiger zijn dan die welke voortvloeien uit de wet of de Detacheringsrichtlijn.

In beide zaken wordt het recht op collectieve actie erkend als onderdeel van het gemeenschapsrecht en wordt ingeperkt. Het valt echter op dat het Hof in Laval strenger is dan in Viking. In laatstgenoemde is er een proportionaliteitstoets ingebouwd (wellicht zelfs diverse) en in Laval niet. Indien de staking gericht is op verbetering van de arbeidsvoorwaarden boven het niveau dat de wet en de Detacheringsrichtlijn voorschrijven, dan is er geen escape.

Hoe pakken deze uitspraken uit in de Nederlandse praktijk? Kwesties van het type Laval kunnen zich in theorie vaak voordoen, bijvoorbeeld wanneer een Oost-Europees bedrijf met werknemers uit het land van herkomst hier een dienst komt verrichten. In de meeste gevallen zal er dan geen probleem zijn, omdat er in de betreffende bedrijfstak een algemeen verbindend verklaarde cao van toepassing is. De Detacheringsrichtlijn is in Nederland, anders dan in Zweden, zo geïmplementeerd dat ook de belangrijkste bepalingen van een dergelijke cao moeten worden gevolgd door een werkgever met tijdelijk ingehuurd buitenlands personeel.

Kwesties van het type Viking worden ook wel cross border-types genoemd.³⁰ Als een bedrijf wordt verplaatst, bijvoorbeeld van Brabant naar Noord-Frankrijk, dan is denkbaar dat de vakbonden allereerst staken tegen het plan op zich en in de tweede plaats tegen het idee dat het personeel aldaar lager salaris zal krijgen. Het zal aan de rechter zijn om te beoordelen of de arbeidsplaatsen en -voorwaarden voldoende ernstig bedreigd zijn. Ons lijkt dat een Nederlandse rechter tot dit oordeel kan komen. Maar of een rechter in een ander land dat ook doet, is de vraag. En hoe zit dat wanneer er een internationale solidariteitsstaking uitbreekt? Toegegeven: men ziet ze niet vaak meer,³¹ maar het past bij de internationalisering van de arbeidsverhoudingen dat de vakbonden op dit vlak meer gaan doen. Mag een Nederlandse werknemer staken tegen zijn eigen Nederlandse werkgever om zijn Franse collega te helpen een hoger loon van zijn Franse werkgever te krijgen, waarbij de Franse en Nederlandse bedrijven in één groep verbonden zijn? Gaat het erom of

de Nederlandse arbeidsvoorwaarden dan ernstig bedreigd zijn (dat is dan niet het geval), of de Franse? Als dat laatste het geval is, hoe moet een Nederlandse rechter dat dan beoordelen? In het verlengde hiervan ligt het fenomeen van de internationale cao, een regeling van arbeidsvoorwaarden die van toepassing is op onderdelen van een groep bedrijven in verschillende landen. In hoeverre loopt het arrest de vakbonden daar voor de voeten? Nog veel vragen waartoe de komende tijd ongetwijfeld pogingen tot antwoord zullen worden gedaan.

VALPARTIJEN

Op het werk gebeuren nogal eens ongevallen waarbij niet duidelijk is of de werkgever zijn zorgplicht voor de veiligheid van werknemers heeft geschonden. In de eerste helft van 2007 sprak de Hoge Raad zich uit over een val op een door regen glad geworden vloer (geen schending zorgplicht, want in Aruba alledaags gevaar),³² het dragen van een (te) zware oven door de werknemer (wel schending zorgplicht),³³ een val van een podium door een verstandelijk gehandicapte (geen schending zorgplicht, want er was een trapje aanwezig dat niet werd gebruikt)³⁴ en een misstap van een afstapje naar het maaiveld bij een bouwproject (wel schending zorgplicht, want strijd met Arbonormen).³⁵ Op het eerste gezicht lijkt de uitslag van dit soort procedures vrij onvoorspelbaar, hetgeen ook blijkt uit de soms verschillende beoordelingen door rechters in eerste en tweede aanleg, advocaten-generaal en de Hoge Raad. Toch lijken er op basis van deze en andere uitspraken van de laatste jaren langzaam maar zeker een aantal lijnen te trekken in deze materie:

- alledaagse gevaren, die ook buiten de werkomgeving tot schade kunnen leiden, komen niet voor risico van de werkgever;³⁶
- gevaren die worden veroorzaakt door gevaarlijke

30. A.Ph.C.M. Jaspers, 'Bespreking van Viking en Laval', SR 2008. 11, afl. 2, p. 59.

31. Pres. Rb. Amsterdam 29 augustus 1998, JAR 1998/150 (KLM/Northwest).

32. HR 2 maart 2007, JAR 2007/91 RAR 2007/61, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande).

33. HR 27 april 2007, JAR 2007/128, RAR 2007/87 (Kalai/Antoine Petit).

34. HR 25 mei 2007, JAR 2007/161, RAR 2007/109 (Van den Heuvel/Leger des Heils).

35. HR 13 juli 2007, JAR 2007/231, RAR 2007/122 (Van Veghel/Hendriks).

36. In deze categorie vallen ook HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (Laudy/Fair Play): werknemster sneed zich aan scherp broodmes; HR 12 september 2003, NJ 2004, 177 (Peters-Hofkens): werknemster valt over plant bij verwijderen koffievlek; HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260: vrachtwagenchauffeur gleed op stortterrein uit over puin.

eigendommen van de werkgever of de door de werkgever gekozen inrichting van het gebouw komen wel voor risico van de werkgever.³⁷

- indien een ongeval had kunnen worden voorkomen door het naleven van de Arbeidsomstandighedenwet, komt het niet volgen daarvan voor risico van de werkgever;
- indien de werknemer geen gebruikmaakt van de door de werkgever aangeboden beschermingsmiddelen kan dit voor eigen risico komen.

Uiteraard gaat het hier om grote lijnen en hangt elk concreet oordeel af van de weging van alle concrete omstandigheden. Een arrest uit de verslagperiode sluit bij deze lijnen aan.

In de zaak *Tahmasebi/Shell* liep de werknemer blijvend ietsel op toen hij een doos met kit wilde halen. In het magazijn bevond zich een verplaatsbare trap met vijf treden, die was voorzien van een stabilisatievoet met antisliprubbers en een leuning 'ter vergroting van de grijpmogelijkheden'. Tahmasebi gebruikte echter een

VERKEERSONGEVALLEN

In toenemende mate doen werknemers ook een beroep op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) als rechtsgrond voor schadevergoeding indien zij in artikel 7:658 BW onvoldoende basis vinden. In beginsel is er dan geen basis voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid of goed werkgeverschap indien niet is te kort geschoten in de nakoming van zijn zorgplicht, zo oordeelde de Hoge Raad in 1989.³⁹ Sindsdien zijn er echter wel schadevergoedingen toegekend indien het ongeval buiten de directe werkomgeving plaatsvond en daarmee buiten het bereik van artikel 7:658 BW. Het ging dan om gevallen waarin wel een duidelijke relatie met het werk aanwezig was. Zo valt schade in het woon-werkverkeer in beginsel niet onder genoemd artikel. Maar er zijn grensgevallen, waarin het vervoer naar de werkplek door de werkgever is georganiseerd, volgens de cao wordt beloond, zoals in de zaak *De Bont/Oudenallen* uit 2002.⁴⁰ Na zulke uitspraken worden natuurlijk vervolgens de grenzen opgezocht. Zo

In toenemende mate doen werknemers ook een beroep op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) als rechtsgrond voor schadevergoeding indien zij in artikel 7:658 BW onvoldoende basis vinden

trapje met minder treden. Bij het pakken van een doos viel een andere doos van de stapel waardoor hij zijn evenwicht verloor. Hij stapte ongecontroleerd van de bovenste trede van het trapje en verdraaide daarbij zijn knie. De kantonrechter wees de schadevordering op grond van artikel 7:658 BW toe. Het hof vernietigde dit vonnis en wees de vordering af. De Hoge Raad accepteerde dit. Het ongeval had niet plaatsgevonden in een werkomgeving, of tijdens werkzaamheden, die zodanige risico's van dit soort ongevallen opleveren dat de op Shell rustende zorgplicht meebracht dat zij, naast het ter beschikking stellen van de genoemde trap, maatregelen had moeten treffen of aanwijzingen had moeten geven die redelijkerwijs nodig waren om ongevallen als dat van Tahmasebi te voorkomen.³⁸ Dit arrest sluit nauw aan bij het vierde hierboven genoemde criterium.

ging het in de zaak *Knoppen/NCM* om een werknemer die zijn reistijd als overuren mocht declareren. Een ongeval onderweg van huis naar werk vertoonde in dit geval echter belangrijke verschillen met het arrest uit 2002. De werknemer was door de werkgever niet aangewezen om het vervoer te verrichten op de wijze en met de bestemming als door haar gekozen en voorts was het vervoer niet met zodanige regels en plichten omgeven dat het grote overeenkomsten vertoonde met vervoer krachtens de arbeidsovereenkomst.⁴¹

Ten aanzien van het bereik van artikel 7:658 BW is een steeds vaker voorkomend probleem wat te doen met ongevallen die plaatsvinden in de uitoefening van de werkzaamheden, maar buiten de werkplek. Dit speelt onder meer bij verkeersongevallen die in de uitoefening van het werk gebeuren. Volgens de Hoge Raad is de werkgever daarvoor slechts in bijzondere gevallen aansprakelijk. Wel legt hij in twee arresten de nadruk op de noodzaak van verzekering van de werknemer tegen verkeersongevallen gedurende de werkzaamheden. Deze verplichting wordt gebaseerd op de eis om zich als goed werkgever te gedragen. De werkgever is gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming

37. Hieronder vallen machines, ook als ze ogenschijnlijk ongevaarlijk zijn, bijv. HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124, JAR 2005/286, RAR 2006, 2 (*Bayar/Wijnen*), maar ook openslaande deuren die door schuifdeuren hadden kunnen worden vervangen, HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, RAR 2005/13 (*De Lozerhof/Van Duyvenbode-Langen*).

38. HR 7 december 2007, JAR 2008/15, RAR 2008/15 (*Tahmasebi/Shell*).

39. HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (*De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijven*).

40. HR 9 augustus 2002, JAR 2002/205, NJ 2004, 235 (*De Bont/Oudenallen*).

41. HR 30 november 2007, JAR 2008/14 (*Knoppen/NCM*).

van alle omstandigheden, waarbij onder meer van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In het bijzonder wanneer de werkgever gebruikmaakt voor de werkzaamheden van een eigen auto, kan aan de verplichting ook worden voldaan, door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen, mits hierover in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft. De werkgever die tekortschiet in zijn verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering is aansprakelijk tegenover de werknemer voor de schade die deze door die tekortkoming heeft geleden. In de eerste van de twee zaken waarin deze nieuwe lijn werd ingezet, werd uitgemaakt dat het bewust niet dragen van een autogordel niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat de werknemer bewust roekeloos heeft gehandeld.⁴² In het tweede geval was de werknemer in beperkte mate gedekt door verzekeringen. Nog niet was vastgesteld of dat een behoorlijke verzekering opleverde. Het feit dat de verzekering voldeed aan de door de cao gestelde eis, biedt daarvoor onvoldoende grond.⁴³

Bij deze uitspraken valt allereerst op dat deze nieuwe leer in beginsel een oplossing biedt voor het probleem dat de zorgplicht van de werkgever tijdens deelname aan het verkeer moeilijk valt te definiëren. Vooral voor de werknemer die voor zijn werk veel moet reizen, zal nu als regel een verzekering moeten worden afgesloten, voor zover dat nog niet gebeurde. Opvallend is echter dat de grondslag daarvoor wordt gevonden in het goed werkgeverschap en niet in de zorgplicht van artikel 7:658 BW. De reikwijdte van dat artikel lijkt daarmee verder te worden teruggedrongen tot de werkomgeving die door de werkgever wordt beheerst. Het nieuwe criterium laat overigens nog wel veel vaag, nu de omvang van de verplichting van geval tot geval moet worden vastgesteld. De mogelijkheid dat de werkgever een eigen verzekering van de werknemer vergoed, bevat de waarborg dat hierover onderling voldoende duidelijkheid wordt verschaft. De werkgever zal dus niet in het algemeen kunnen stellen dat het salaris van de werknemer voldoende is om zich te verzekeren.

PERSONEELSUITJE

Ook bij schade ondervonden tijdens personeelsuitjes doet zich regelmatig de vraag voor of de werkgever aansprakelijk is. Als verweer wordt vaak gevoerd, dat het niet om het werk ging, dat deelneming niet verplicht was en dat het gaat om alledaagse gevaren. In de zaak *Groot-Kievitsdal* waren het geen werknemers

die schade hadden geleden door het personeelsuitje, maar een derde: de eigenaar van het restaurant waar de feestende personeelsleden na het genieten van de barbecue de eigenaar in de rokende puinhopen van zijn gebouw hadden achtergelaten. Voor de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW had het Hof Amsterdam aangenomen dat de schade veroorzaakt door de groep personeelsleden voldoende verband hield met hun werknemerschap. De Hoge Raad liet deze uitspraak in stand en gaf enkele relevante criteria:

- dat het om een door de werkgever georganiseerd, gefaciliteerd en betaald feest (bedrijfsuitje) ging;
- dat de werknemers louter aanwezig waren omdat zij werknemers waren van het desbetreffende bedrijf;
- dat zij als een zekere eenheid naar buiten traden en door de derden ook als zodanig mochten worden beschouwd;
- dat de leidinggevende van het bedrijf ook in feite de leiding had, en
- dat hij niet heeft getracht de schade te voorkomen, maar door zijn gedrag de kans op schade juist heeft vergroot.

Indien aldus de noodzakelijke functionele samenhang tussen de dienstbetrekking en de door de werknemers gemaakte fout vaststaat, wordt dit niet anders door-

- de fout buiten werktijd werd gemaakt op een andere plaats dan waar de werknemers hun taak plachten te verrichten;
- de fout geen verband hield met de bedrijfsuitoefening van de werkgever, en
- deze ook niet werd gemaakt met gebruikmaking van zaken of middelen die aan de werknemers uit hoofde van de vervulling van hun taak ter beschikking waren gesteld.⁴⁴

Deze drie laatste factoren kunnen uiteraard, indien deze omgekeerd liggen wél bijdragen aan het aannemen van een verband tussen dienstbetrekking en gemaakte fout.

Opvallend is dat bij deze criteria de vraag ontbreekt of de werknemer verplicht was tot deelneming aan het uitje. Dit buiten beschouwing laten lijkt verstandig, omdat immers, ook indien deelneming niet verplicht is, er snel een sociale verplichting daartoe kan worden gevoeld.

De criteria lijken ook geschikt om te gebruiken in zaken waarin werknemers zelf schade hebben geleden tijdens een bedrijfsuitje.

42. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (*Maasman/Akzo Nobel*).

43. HR 1 februari 2008, JAR 2008/57 (*Koiker/Taxicentrale Nijverdal*).

44. HR 9 november 2007, JAR 2007/305 (*Groot Kievitsdal*).

OVERGANG ONDERNEMING

Het goed werkgeverschap kan ook de regels aanvullen betreffende overgang van onderneming. Een werknemer van de Rabobank sprak haar werkgever aan omdat zij bij de overname van haar bedrijfsonderdeel door een reisorganisatie onjuist was voorgelicht over de keuzemogelijkheden die zij had. In een brief was haar voorgespiegeld dat zij zowel wanneer zij zou overstappen naar de reisorganisatie, als wanneer zij ervoor zou kiezen bij de bank te blijven, te maken zou krijgen met een ingrijpende wijziging van haar rechtspositie, welke beschrijving in strijd was met de cao-bepaling die haar bescherming beoogde te verlenen. Daarmee werd zij geplaatst voor een dilemma dat niet het hare was, maar dat van de bank die voor de personele gevolgen van de overgang van onderneming verantwoordelijk was. In een situatie als deze mag van een goed werkgever worden verwacht dat in de aan de werknemers toegezonden schriftelijke informatie voldoende opening van zaken en duidelijkheid over de te maken keuzes wordt verschaft en volledige voorlichting wordt gegeven omtrent hun rechtspositie en de geldende wettelijke en cao-bepalingen.⁴⁵

Het HvJ EG bepaalde dat ook uitzendbureaus onderdeel kunnen zijn van een overgang van onderneming. Belangrijk daarbij is dat dan niet alleen het kantoorpersoneel, maar ook de uitzendkrachten mee overgaan. Weliswaar worden uitzendkrachten opgenomen in de organisatiestructuur van de klant aan wie zij ter beschikking worden gesteld; dit feit op zichzelf belet niet de constatering dat sprake is van overgang van een economische eenheid. Deze werknemers vormen immers toch een onmisbare factor, zonder welke het verrichten van de economische activiteit van het uitzendbureau per definitie onmogelijk is. Het feit dat zij aan de vervreemder gebonden zijn door een arbeidsverhouding en dat deze rechtstreeks hun salaris betaalt, bevestigt dat zij verbonden zijn aan de door de vervreemder gedreven onderneming en dus bijdragen aan het bestaan van een economische eenheid binnen die onderneming.⁴⁶

VOORTZETTING ARBEIDSOVEREENKOMST BEPAALDE TIJD

Artikel 7:668 lid 1 BW zegt het zo mooi: als de arbeidsovereenkomst 'zonder tegenspraak' wordt voortgezet, wordt zij geacht op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan. In het verleden werd soms aangenomen dat het enkele feit dat de overeenkomst werd voortgezet, zonder dat daarover overeenstemming was bereikt, deze bepaling al in werking deed treden.

In de *Emergis*-zaak heeft de Hoge Raad nu anders beslist. *Emergis* had bezwaar gemaakt tegen voortzet-

ting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een jaar. Werkneemster wilde een voortzetting voor onbepaalde tijd, werkgever echter slechts één voor twee maanden. Deze kwestie was niet opgelost, toen de werknemer na afloop van haar contract bleef doorwerken. Werkgever liet de betrokkene na twee maanden niet meer toe tot haar werk.

De Hoge Raad oordeelde dat van 'voortzetting zonder tegenspraak' geen sprake kan zijn, ingeval partijen voordat de arbeidsovereenkomst afloopt, overleg hebben gevoerd over verlenging, daarbij geen overeenstemming hebben bereikt, maar desondanks die overeenkomst na de einddatum feitelijk hebben voortgezet. *Emergis* had er nimmer onzekerheid over laten bestaan dat zij de arbeidsovereenkomst (anders dan werkneemster, niet voor een jaar doch) slechts voor de duur van twee maanden wilde voortzetten.⁴⁷

De uitspraak lijkt in de praktijk niet onredelijk, maar roept wel vragen op. Wat is eigenlijk de grondslag voor het werk gedurende deze twee maanden? Is dat een arbeidsovereenkomst? Er is immers geen wilsovereenstemming bereikt. Of moet uit het feit dat de werkneemster met het werk begint, worden afgeleid dat zij zich bij de duur van twee maanden heeft neergelegd? Wat is verder het gevolg indien er niet zo'n duidelijk aanbod voor twee maanden ligt, maar de werkgever ook nog onderhandelingsruimte bood of verschillende termijnen zijn besproken?

Heel anders ligt de situatie indien de werkgever wil terugkomen op een eerder wel overeengekomen verlengingsduur. Het Hof Amsterdam besliste enige tijd voor het *Emergis*-arrest over deze materie. Hier had de werkgever schriftelijk met de werknemer afgesproken dat een eventuele verlenging een jaar zou duren, maar bood hij bij nader inzien een voorstel aan voor een verlenging met slechts een half jaar. De werkneemster weigerde dit laatste te ondertekenen en werkte ook door na de einddatum van de voorafgaande arbeidsovereenkomst. Aan het enkele feit dat is door- gewerkt kon volgens het hof niet de conclusie worden verbonden dat de werkneemster had ingestemd met het voorstel om de verlenging te bekorten. Het had op de weg van de werkgever gelegen om, na de door werkneemster geuite bezwaren van haar een schriftelijke verklaring te verkrijgen dat zij met de gewijzigde verlengingstermijn akkoord was.⁴⁸ ■

45. HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (*Rabobank Hage-Beek/Allard-van Kuijk*).

46. HvJ EG 13 september 2007, C-458/05, JAR 2007/252 (*Mayer*).

47. HR 19 oktober 2007, JAR 2007/284, RAR 2008/1 (*Emergis*).

48. Hof Amsterdam 26 juli 2007, RAR 200816.